Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Zwanzigſter Band. Zweites Heft.

VI.

Ueber Erſatz der Verwendungen bei der Pfandklage.

Von Herrn Prof Burchardi, in Kiel.

Es iſt eine auffallende Erſcheinung, daß, während unſere Compendien immer ſehr ausführlich von der Erſtattung der Impenſen an den Beklagten bei der Eigenthumsvindication handeln, die Frage dagegen ganz in denſelben übergangen zu werden pflegt, ob und in wie fern auch der Pfandgläubiger, der das Pfand mit der actio hypothecaria einklagt, dem Beſitzer ſeine Verwendungen auf die Sache erſetzen müſſe. Unter den zahlreichen von mir deßhalb verglichenen Lehrbüchern machen nur die von Schweppe [1]) und Meno-Valett [2]) in dieſer Beziehung eine Anerkennung verdienende Ausnahme. Doch iſt es beinahe ungerecht, hier den Lehrbüchern einen Vorwurf zu machen, da ſogar die neueren Monographieen über das Pfandrecht, die Lehre vom Pfandrecht von Geſterding und das voluminöſe Handbuch des Pfandrechts von Sintenis, der Sache gar nicht erwähnen. Dieſes Schweigen über eine augenſcheinlich ſehr

1) Das Röm. Privatrecht §. 356.
2) Ausführl. Lehrb. des Pandektenrechts §. 378.

wichtige Frage, die auch ſchon oftmals zu Rechtsſtreitigkeiten geführt hat, läßt ſich wohl nur daraus erklären, daß in den Quellen die Grundſätze über den Impenſenerſatz in Rückſicht der actio hypothecaria nicht ſo breit hervortreten, als in Rückſicht der rei vindicatio, vielmehr nur in zwei kurzen Stellen [3]) mehr angedeutet, als ausgeführt ſind. Denn ſollte die Urſache des Schweigens darin liegen, daß man geglaubt hat, es verſtehe ſich von ſelbſt, daß die für die Eigenthumsvindication über den Impenſenerſatz geltenden Beſtimmungen unverändert auch auf die Pfandklage angewendet werden dürften, ſo wäre dieß ein ſehr erheblicher Irrthum. Wie dem aber auch ſeyn mag, ſo ſcheint es ſchon deßhalb der Mühe werth, die Aufmerkſamkeit mehr auf dieſen Gegenſtand zu lenken. Es kommt aber noch ein triftigerer Grund hinzu. Wiewohl nämlich die Meiſten, bei welchen man etwas über unſere Frage findet, im Weſentlichen allerdings das Richtige erkannt und vorgetragen haben [4]), ſo iſt doch die Sache nirgends erſchöpfend und nach allen hier in Betracht kommenden Seiten hin behandelt; auch ſtößt man nicht nur bei den Gloſſatoren [5]), ſondern auch bei mehreren

---

3) L 29 §. 2. D. de pignor. (20, 1) l. 44, §. 1. D. de damno infecto (39, 2).

4) Namentlich gilt dieß von Jo. Garzia a Saavedra, Comm. de expens. et meliorat. Compluti (Alcala) 1578. 4 cap. 18. Nro. 64; Cujacius ad Africanum. Tr. IX. ad leg. 44, §. 1. D. de damno infecto; Ant. Faber ad Cod. lib. 8. tit. 6. def. 19. Nro 1; Merilius, Comm. ad tit. D. de reb. cred. ad leg. 25. (Thes. Otton. T. III. p. 680.); Voet, Comm. ad Pand. XX, 1, §. 4; a Sande, Decis. Frisic. lib. 3. tit. 15. def. 6; Mevii, Decis. P. 5. dec. 396. Nro. 3; Pothier, Pand. Justin. T. III. lib. 39. tit. 2. Nro. 65. Not. c. et d; v. Quiſtorp Rechtl. Bemerk. Thl. 2. Bem. 72; Glück, Syſtem. Erl. d. Pand. B. 18. S. 357 f.; Schweppe a. a. O.; Meno Valett a. a. O.

5) Glossa ad leg. 29. §. 2. D. de pignor. und ad leg. 44. §. 1. D. de damno infecto.

späteren Juriſten [6]) auf durchaus verkehrte Anſichten, von denen ſich ſelbſt einige der beſten unſerer jetzigen Docenten, wie mir zufällig bekannt geworden iſt, nicht haben frei halten können. Daher mögte eine genaue Erörterung der beregten Frage noch keineswegs überflüſſig ſeyn und eine ſolche iſt in dem Folgenden verſucht.

Was man bisher ſo gut wie ganz außer Acht gelaſſen hat, das iſt die Sonderung der beiden Fälle, wenn der Verpfänder ſelbſt und wenn ein Dritter im Beſitz des Pfandes iſt, und Verwendungen darauf gemacht hat. Beide Fälle müſſen aber ſehr verſchieden beurtheilt werden, und nur auf den letzten Fall beziehen ſich die beiden unſere Frage betreffenden Pandektenſtellen, deren oben gedacht worden iſt, weßhalb dieſer Fall hier zweckmäßig zuerſt berückſichtigt wird. Alſo:

I. Der auf Herausgabe des Pfandes belangte Beſitzer, welcher Vergütung von Verwendungen fordert, iſt nicht der Verpfänder, ſondern ein anderer. Sind nun die gemachten Verwendungen 1) impensae utiles wodurch das Pfand wirklich verbeſſert und deſſen Werth und Nutzbarkeit reell erhöht iſt, dann erſcheint es freilich als billig, daß der Pfandgläubiger nicht minder als der vindicirende Eigenthümer dem Beklagten ſeinen Aufwand erſetze, vorausgeſetzt daß dieſer ſich in bona fide befindet und der Nutzen der Verbeſſerung noch exiſtirt. Zwar kann ein ſolcher Vorſchuß dem Gläubiger läſtig werden, aber gefährdet iſt er dabei im Allgemeinen nicht, weil er in der Regel auch um ſo viel mehr für die Sache beim Verkauf erhalten wird, als der Werth der von ihm erſetzten Verbeſſerung beträgt, und dann natürlich außer dem Betrage ſeiner Hauptforderung auch ſeine Auslage von dem Kaufgelde abziehen kann. Damit ſtimmt denn auch Paulus überein in

6) Bachov, Tract. de pignor. lib. 3. cap. 18. §. 2—4; Weſtphal, Pfandrecht §. 184. Note 158.

l. 29. §. 2. D. de pignor. (20, 1.) „Domus pignori data causta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit. Quaesitum est de jure pignoris. Paulus respondit: pignoris persequutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris; *sed bonae fidei possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam si sumtus in exstructionem erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.*“

Daß Paulus hier ſeine Bemerkungen über die Erſtattung der impensae utiles an einen concreten Fall anknüpft, in welchem vor dem erbauten Hauſe bereits ein anderes da geweſen, aber abgebrannt war, iſt unſtreitig ein gleichgültiger Umſtand. Der Pfandgläubiger hatte nun einmal, nach dem Abbrennen des ihm verpfändeten Hauſes, nur noch ein Pfandrecht an dem Platze, der area und es war daher eben ſowohl eine reine Verbeſſerung ſeines Pfandes, wenn der Käufer des Platzes wieder ein Haus darauf erbaute, als wenn niemals vorher ein Gebäude darauf geſtanden hätte, ſondern die bloße area verpfändet geweſen wäre. Das erbaute Haus war immer eine Acceſſion ſeines Pfandſtücks, auf deren Hervorbringung er kein Recht hatte, und es leidet daher gewiß auch kein Bedenken, daß Paulus eben ſo entſchieden haben würde, wenn von einem Gebäude auf einem früher unbebauten Platz, oder irgend einer andern Erweiterung und Verbeſſerung des Pfandes die Rede geweſen wäre. Immer hätte er dem Beſitzer in gutem Glauben die Vergütung ſeiner Meliorationen zubilligen müſſen, quatenus pretiosior res facta esset. Ohne Zweifel geſchieht es auch nicht ohne Abſicht, daß Paulus im Schlußſatz ſich nicht blos auf den concreten Fall beſchränkt und nur dem Lucius Titius Erſatz ſeiner Baukoſten zuerkennt, ſondern ganz allgemein von bonae fidei possessores redet und dieſen Anſpruch auf Erſatz einräumt, ſo weit dieſe Sache werthvoller geworden iſt.

Aber gleich wie bei der Eigenthumsvindication ſollen

auch hier nur dem bonae fidei possessor die impensae utiles erſetzt werden, daher die Frage entſteht, wer als bonae fidei possessor pignoris zu betrachten ſey. Indeſſen brauchen wir dabei auf denjenigen Beſitzer keine Rückſicht zu nehmen, der nur von dem an der Sache haftenden Pfandrecht keine Kunde hat, aber ſehr wohl weiß, daß ihm das Eigenthum nicht zuſteht. Denn davon kann wohl gar nicht die Rede ſeyn, daß einem ſolchen malae fidei possessor rei, ſeine bloße Unkunde in Betreff des Pfandrechts zu Gute kommen, und ihn zum bonae fidei possessor pignoris machen ſollte. Dagegen könnte man meinen, daß auf der anderen Seite auch wiederum die bloße bona fides in Betreff des Eigenthums nicht genügen könne, ſondern Unkenntniß des Pfandrechts damit verbunden ſeyn müſſe, um den Begriff der bonae fidei possessio pignoris zu begründen. Man könnte dafür anführen, daß wer das Pfandrecht kenne, es ſich ſelbſt beimeſſen müſſe, wenn er durch die Einklagung des Pfandes von Seiten des Pfandgläubigers in Schaden gerathe, weil er die Gefahr vorher gewußt habe und ſeine Verbeſſerungen der Sache hätte ſparen können. Allein dies muß doch verworfen werden. Einestheils ſteht eine Analogie jener Meinung entgegen, indem die zur Begründung der longi temporis praescriptio gegen die actio hypothecaria erforderliche bona fides des Pfandbeſitzers, auch nur auf das Eigenthum bezogen wird, anderntheils würde man vermöge jener Anſicht einen höchſt unbilligen und ſchädlichen Rechtsſatz annehmen, was man doch ohne einen klaren Ausſpruch des Geſetzes nicht darf. Denn während der Pfandgläubiger durch den Erſatz der impensae utiles höchſtens eine kleine Beläſtigung, aber keinen reellen Nachtheil erleidet, würde dagegen der Pfandbeſitzer ſelbſt als rechtmäßiger Eigenthümer [7]) in der Regel ganz um den Er-

7) Es bedarf wohl keiner Rechtfertigung, wenn hier unter bonae fidei possessor nicht bloß der verſtanden iſt, der ſich nur für Ei-

ſatz ſeiner Verbeſſerungen kommen, weil, wer beim Erwerbe einer Sache es weiß, daß Andere Rechte daran haben, auch keine Evictionsleiſtung von ſeinem Auctor verlangen kann, ſofern er ſich dieſelbe nicht beſonders ausbedungen hat [8]). Die nothwendige Folge davon wäre aber, daß in den zahlloſen Fällen, in welchen jemand ein mit Pfandrechten beſchwertes Grundſtück ankauft, derſelbe ſich wohl hüten müßte, auch die einleuchtendſten Verbeſſerungen damit vorzunehmen, wenigſtens recht eigentlich von ſolchen Neuerungen, trotz ihres Nutzens, zurückgeſchreckt würde.

Uebrigens haben einige ältere Juriſten dem Pfandbeſitzer die Wahl laſſen wollen, anſtatt Erſatz für die Meliorationen zu verlangen, dem Creditor den Werth des Pfandes, ohne die Verbeſſerungen, auszubezahlen und das Pfand zu behalten. Allein dies kann nur zugegeben werden, wenn die auf dieſe Weiſe dem Creditor zu zahlende Summe dieſen vollſtändig befriedigt; da der Pfandbeſitzer nur durch vollſtändige Befriedigung des Gläubigers die Herausgabe des Pfandes abwenden kann [9]) und zu dem herauszugebenden Pfande auch die Verbeſſerungen als Acceſſionen gehören [10]), weßhalb jene Anſicht mit Recht im Allgemeinen von Bachov und Voet verworfen wird.

So weit iſt noch keine Verſchiedenheit der actio hypothecaria von der rei vindicatio vorgekommen. Ganz anders ſteht es aber

---

genthümer hält, ſondern auch der welcher wirklich Eigenthümer iſt, weil er vom Verpfänder ſelbſt die Sache juste titulo erworben hat. Nur muß er nicht mit dem Pfande auch die Schuld übernommen haben; denn alsdann tritt ein ganz anderes Verhältniß ein, woron unter Nro. II die Rede ſeyn wird.

8) L. 27. C. de evict. (8, 45.) l. 7. C. commun. utriusque jud. (3, 38.) l. 3. §. 4. C. commun. de legat. et fideic. (6, 43.) l. 1. in fin. D. de A. E. V. (19, 1.)

9) L. 16. §. 3. l. 21. §. 3 D. de pignor. (20, 1.)

10) L. 16. pr. §. 2. D. de pign' (20, 1.) l. 18 §. 1. D. de pign. act. (13, 7.)

2) in Rückſicht der impensae necessariae, der Unterhaltungs- und Reparaturkoſten, die bei der Pfandklage regelmäßig nicht einmal dem bonae fidei possessor, geſchweige jedem Beſitzer erſetzt zu werden brauchen, wie wir von Africanus erfahren, wie aber auch ohne dies Zeugniß behauptet werden müßte;

l. 44. §. 1. D. de damno infecto. (39, 2.) „Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepi; deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult. Non sine ratione dicetur, nisi impensas quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persequutionem. *Cur ergo non emptori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? Non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat, ideoque diligentius a venditore sibi cavere possit et debeat; quod non aeque et de eo, cui damni infecti, non promittatur, dici potest.*“

Die Gloſſe, Bachov, Weſtphal und einige neuere Juriſten die ich nicht nennen will, meinen freilich, daß wenn ſogar der vindicirende Eigenthümer jedem Beſitzer, mit alleiniger Ausnahme des Diebes, die impensas necessarias zu erſtatten habe, dies vielmehr noch von dem mit einem geringeren oder ſchwächeren Recht verſehenen Pfandgläubiger gelten müſſe, und ſie finden eine Beſtätigung dieſes vermeintlichen argumentum a majori ad minus in der erörterten Stelle von Paulus, weil darin wirklich dieſelben Grundſätze in Rückſicht der Impenſen auf die Pfandklage angewandt werden, welche bei der Vindication gelten, wobei jedoch Bachov und Weſtphal beide von der unbegreiflichen petitio principii ausgehen, daß auch das Herſtellen eines abgebrannten Hauſes durch den Käufer der area, unter den Begriff der impensae necessariae falle. Die Aeußerung von Africanus ſcheint ihnen daher nicht nur mit

der von Paulus, ſondern auch mit Regeln, die ſie für allgemeingültig halten, in Widerſpruch zu ſtehen. Faſt ergötzlich ſind zum Theil die Verſuche, welche die Gloſſe macht, um dieſen vorausgeſetzten Widerſpruch zu heben [11]). Paulus ſey von einem bonae fidei possessor, Africanus von einem malae fidei possessor zu verſtehen; oder Paulus ſpreche von einer Verwendung, zu welcher der Beſitzer gewiſſermaßen gezwungen ſey, nämlich dem Wiederaufbau des abgebrannten Hauſes, Africanus von ganz freiwillig, ohne dringende Noth aufgewandten Reparaturkoſten; oder Paulus rede von eigentlichen Impenſen, wogegen Africanus nur das für die Sache bezahlte Kaufgeld im Sinn habe. Der letzteren Erklärung pflichtet Accurſius bei, weil allerdings der Pfandgläubiger ſo wenig als der Eigenthümer dem Beklagten ſein Kaufgeld erſtatten muß [12]). Etwas näher der Wahrheit kommt ſchon eine andere Erklärung der Gloſſe, nämlich daß Africanus das ſtrenge Recht angebe, nach welchem der Creditor bei den Römern keine Verwendungen zu erſetzen gehabt habe, während Paulus nach Billigkeit, die in aufgeklärteren Zeiten als Norm dienen müſſe, entſcheide. Doch findet ſich daneben auch die richtige Anſicht, daß Paulus von impensis utilibus, Africanus von impensis necessariis handle [13]). Am leichteſten wird Weſtphal mit der Sache fertig, der den Ausſpruch des Africanus für durchaus verwerflich erklärt, und nicht beſſer macht es Bachov, der zwar die abſurden Vorſchläge der Gloſſe, ſo wie einige andere eben ſo ſchlechte verwirft, aber am Ende zu dem Geſtändniſſe kommt, nicht zu wiſſen, wie die Stelle von Africanus auf eine haltbare Weiſe zu erklären ſey. Sein Irrthum iſt

11) Glossa ad leg. 44. §. 1. D. de damno infecto.

12) L. 18. §. 2. D. de pign. act. (13, 7.) l. 12. C. de distr. pign. (8, 28)

13) Glossa l. c. „Alii dicunt quod hic (in l. 44 §. 1. D cit.) non erat facta res melior, ibi (in leg. 29. §. 2. D. cit.) sic.

um ſo befremdender, da er nicht nur den Garzia, der freilich nicht ganz im Klaren iſt, ſondern auch die richtige Auslegung von Cujaz kennt, und da er doch ſonſt nicht leicht ſich über ſeinen hochverehrten Lehrer Cujaz zu erheben pflegt. Er ſcheint es mißverſtanden zu haben, daß Cujaz kurz den Pfandbeſitzer mit ſeinen Reparaturkoſten auf Evictionsleiſtung von Seiten des Auctors verweiſt, obgleich dieſe nur gefordert werden kann, wenn der Pfandbeſitzer beim Erwerb der Sache das Pfandrecht nicht kannte.

Man begreift bei den vorſtehenden Meinungen kaum, wie es möglich geweſen iſt, den weſentlichen Unterſchied zu überſehen, der zwiſchen dem Verhältniß eines vindicirenden Eigenthümers und eines das Pfand einklagenden Creditors gerade in Rückſicht der impensae necessariae obwaltet. Bei der Vindication iſt das leitende Princip, daß der rechtswidrige Zuſtand, in welchem ſich die dem Eigenthümer vorenthaltene Sache befunden hat, auch rückwärts für die Vergangenheit ſo weit möglich aufgehoben und ungeſchehen gemacht werden ſoll, als wäre der Eigenthümer fortwährend ſelbſt im Beſitze geweſen. Daher ſoll der Beklagte nicht nur alle gezogenen Früchte und Nutzungen, ſondern auch die vernachläſſigten, die fructus percipiendos herausgeben oder erſetzen. Eben darum aber ſoll auch der Eigenthümer die Unterhaltungskoſten für die Vergangenheit tragen, oder mit anderen Worten, dem Beklagten die impensas necessarias erſetzen, in Gemäßheit der Regel: qui habet commoda, habet et onera. Dies Princip wird freilich nur gegen den malae fidei possessor conſequent durchgeführt. Allein wenn auch der bonae fidei possessor Erſatz der impensae necessariae erhält, obgleich er die fructus consumtos lucrirt, ſo iſt dies doch nur ein mehr ſcheinbarer als wirklicher Vortheil, weil der Eigenthümer dagegen dem bonae fidei possessor auch nur in ſo fern Impenſen irgend einer Art zu erſetzen braucht, als dieſe nicht durch die von dem Beſitzer

lucrirten fructus consumtos gedeckt werden [14]). Daß hingegen ein anderer als der Pfandgläubiger das Pfand beſitzt, iſt an ſich kein rechtswidriger Zuſtand; weßhalb auch die Geſetze gar nicht darauf ausgehen, dieſen Zuſtand rückwärts zu vernichten, und darum hat auch der Pfandgläubiger nur einen ſehr beſchränkten Anſpruch auf die Früchte und Nutzungen aus der Vergangenheit. Zwar gelten die Früchte des Pfandes als ſtillſchweigends mit verpfändet [15]). Indeſſen kann der Creditor Erſatz für conſumirte Früchte doch nur von der Zeit der Litisconteſtation an fordern; aus der früheren Zeit kommen ihm blos die Früchte zu, welche der Beklagte noch beſitzt, die fructus extantes [16]), was im Ganzen etwas Unbedeutendes iſt, weil Pfänder gewöhnlich erſt viele Jahre nach der Verpfändung eingeklagt werden, wo denn höchſtens die Früchte des letzten Jahres noch vorhanden ſind. Selbſt bei ausdrücklicher Mitverpfändung der Früchte iſt doch wenigſtens ein bonae fidei possessor pignoris vom Erſatz der conſumirten Früchte befreit [17]). Es würde daher aber auch eine große Ungerechtigkeit gegen den Pfandgläubiger ſeyn, wenn er die Reparaturkoſten für die Vergangenheit tragen müßte; während nichts billiger iſt, als daß der Beklagte, der die gezogenen Nutzungen behält, damit gleich dem bonae fidei possessor bei der Vindication, die von ihm aufgewandten Unterhaltungskoſten compenſire, wieder in Gemäßheit der Regel: qui habet commoda, habet et onera. Ein entgegengeſetztes Verfahren würde das Pfandrecht häufig ganz unnütz machen. Der Eigenthümer hat ein Recht und ein Intereſſe immer gleich zu vindiciren, ſobald ſeine Sache ſich in unrechten Händen befindet, und es iſt nur Nachläſſigkeit oder Folge zufälliger Umſtände, wenn es

14 L. 48. D. de rei vind. (6, 1.)
15) L. 3. C. in quib. caus. pignus tac. contr. (8, 15.) l. 29. § 1 D. de pignor (20, 1.)
16) L. 16. §. 4. D. de pignor. (20, 1.) l. 3. C. eit.
17) L. 1. § 2. D. de pignor. (20, 1.)

nicht geſchieht. Aber der Pfandgläubiger kann ja gar nicht klagen, bevor ſeine Forderung fällig iſt, und ſo lange ſein Capital ſicher ſteht und er ſeines Geldes nicht bedarf, hat er kein Intereſſe zu kündigen und die Forderung fällig zu machen. Wie oft geſchieht es daher, daß Forderungen und Pfandrechte viele Jahre, ja durch mehrere Generationen fortbeſtehen. Sollte nun aber am Ende der Creditor dem Pfandbeſitzer alle ſeine Reparaturkoſten vergüten, ſo könnte er in der Regel nur lieber geradezu auf ſein Pfand verzichten, weil die zu erſtattenden Koſten leicht den Werth des Pfandes weit überſteigen würden.

Erwägt man dies gehörig, ſo wird man nicht füglich darauf verfallen können, dem Pfandgläubiger den Erſatz der impensae necessariae aufzubürden, und nur wenige Ausnahmen laſſen ſich in dieſer Beziehung vertheidigen.

A) Da die nach der Litiscontestation gezogenen Früchte an den Pfandgläubiger herauszugeben oder zu erſetzen ſind, ſo wird er allerdings auch die ſeitdem erſt vom Beklagten aufgewandten impensae necessariae erſtatten, oder ſich in Compenſation bringen laſſen müſſen, wovon er im Allgemeinen aber auch keinen Nachtheil haben kann, da ihn die abgelieferten Früchte, die er mit verkaufen kann, für das decken, was er etwa von ſeiner Seite zahlen muß.

B) Im Fall einer Antichreſe verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Creditor, wenn er den Beſitz der Sache verloren hat, mit der Sache auch die Herausgabe der Früchte in gleichem Maaße wie der Eigenthümer bei der Vindication fordern darf, da ihm hier die Nutzungen wie ſonſt dem Eigenthümer gebühren. Conſequent müſſen wir eben darum aber auch in dieſem jetzt freilich ſeltenen Fall den Pfandgläubiger, gleich dem Eigenthümer, für verbunden halten, dem Beklagten ſeine impensae necessariae zu vergüten.

C) Eine dritte Ausnahme giebt Africanus ſelbſt a. a. O. an, nämlich wenn ein verpfändetes Haus wegen verweigerter cautio damni infecti einem gefährdeten Nachbar durch missio ex secundo decreto zugeſchlagen worden iſt, und dieſer daſſelbe hat ausbeſſern laſſen. Doch iſt dabei nicht zu verkennen, daß Africanus in dieſer Ausnahme nur ſeine individuelle Meinung vorträgt. Denn daß der Käufer einer verpfändeten Sache keinen Erſatz ſeiner Reparaturkoſten vom Pfandgläubiger erhalte, dies ſtellt er als einen ausgemachten Satz hin, den er als allgemein bekannt vorausſetzt; hingegen die abweichende Behandlung des ex secundo decreto in possessionem missus, wird auf ein „non sine ratione dicetur“ geſtützt, und man kommt wirklich in Verſuchung, die ratio nicht ſo einleuchtend zu finden, wie Africanus geglaubt haben mag. Die Ausnahme iſt um ſo auffallender, da Africanus ſogar den Fall ins Auge faßt, wenn der Immittirte bereits die Uſucapionszeit hindurch beſeſſen hat. Warum er dies thut, iſt kaum recht zu begreifen. Die missio ex primo decreto in Folge verweigerter cautio damni infecti, gab noch keinen Uſucapionstitel, und an dieſe kann folglich Africanus nicht gedacht haben. War es einmal zur missio ex secundo decreto gekommen, dann hatte der Immittirte das Haus in bonis [18]), und die Uſucapion die nun eintreten konnte, war nur von untergeordneter Wichtigkeit; diente nur dazu, das bonitariſche Eigenthum in quiritariſches zu verwandeln [19]), ſo daß Africanus

---

18) Daß nur ein in bonis esse entſtand beruhte darauf, daß die missio ex secundo decreto eine prätoriſche Erwerbsart war. M. ſ. Zimmern im Rhein. Muſ. B. 3. S. 316.

19) Nachdem Juſtinian das in bonis esse aufgehoben und für volles Eigenthum erklärt hatte l. un. C. de nudo jure Quirit. toll. (7, 25.), iſt es ein wirklich ſeltſames Emblema Triboniani, wenn die Compilatoren der Pandekten ſich die Mühe gegeben ha-

dieſe Uſucapion recht füglich hätte ganz unberührt laſſen können. So viel aber ſpringt in die Augen, daß wenn der Immittirte erſt die Uſucapionszeit hindurch beſeſſen hat, noch weniger Grund vorhanden iſt, ihm Erſatz der Reparaturkoſten zuzugeſtehen, als wenn ihm das Haus ſogleich vom Pfandgläubiger abgenommen wird, weil er dann doch ſchon längere Zeit das Haus benutzt und dadurch wenigſtens einige Entſchädigung für ſeine Auslagen erhalten hat. Da jedoch die von Africanus gebilligte Ausnahme in die Pandecten aufgenommen iſt, ſo bleibt nichts übrig als ſie anzuerkennen, und wir müſſen ſogar unterſuchen ob dieſelbe keine analoge Ausdehnung zulaſſe. Glück a. a. O. leitet aus der Stelle des Africanus die Unterſcheidung ab, daß wer durch Vertrag eine Sache erworben habe, keinen Erſatz von impensis necessariis vom Pfandgläubiger verlangen könne, wohl aber der, welcher ohne Vertrag Eigenthümer oder doch bonae fidei possessor geworden ſey, weil jener es in ſeiner Gewalt gehabt habe ſich Evictionsleiſtung von ſeinem Auctor auszubedingen, dieſer nicht. Dies befriedigt aber nicht. Auch wer z. B. eine Sache an Zahlungsſtatt annehmen muß, oder im Theilungsprozeß die zu theilende Sache durch Adjudication erhält, oder durch Vindication die während des Proceſſes erſt vom Beklagten uſucapirte Sache wieder bekömmt, wird nicht

---

ben, in den Stellen welche der Uſucapion bei der missio ex secundo decreto erwähnen, longi temporis possessio für usucapio zu ſetzen, um die Stellen mit der neuen in l. un. C. de usucap. transform. (7, 31.) eingeführten Uſucapionszeit in Harmonie zu bringen, z. B. in l. 5. pr. l. 15. §. 15 seq. D. de damno inf. (39, 2) l. 5. D. comm. div. (10, 3.) l. 3. §. 23. D. de adq. poss. (41, 2.) obgleich ſie zweckmäßiger die Erwähnung der Uſucapion ganz weggelaſſen hätten. Vielleicht wird jedoch ihr Verfahren dadurch etwas entſchuldigt, daß die l. un. C. de nudo jure Quirit. toll. ohne Zweifel erſt während der Ausarbeitung der Pandekten erlaſſen iſt.

durch Vertrag Eigenthümer, und kann dennoch cautio de evictione verlangen [20]. Man dürfte alſo mindeſtens die obige Ausnahme nur auf ſolche Fälle ausdehnen, in welchen es gar nicht möglich geweſen iſt, ſich Evictionsleiſtung auszubedingen, wie wenn jemand die Sache eines anderen zur Strafe für deſſen unerlaubte Selbſthülfe erhalten hat. Indeſſen ſteht ſelbſt dann einer ſolchen Ausdehnung im Wege, daß Ausnahmen als ein jus singulare, nicht analog erweitert werden ſollen. Ueberhaupt aber kann die Möglichkeit ſich durch Ausbedingen der Evictionsleiſtung zu ſichern, hier mit Grund gar nicht in Betracht kommen. Was allein entſcheidet, iſt, daß man dem Pfandgläubiger nicht zumuthen kann, dafür etwas zu zahlen, daß man bloß ſein Pfand nicht hat verfallen laſſen, und daß der Pfandbeſitzer, gleichviel wie er zu der Sache gelangt iſt, dem Creditor nicht die gezogenen Nutzungen zu erſetzen braucht, mithin Vortheile behält, für die im Allgemeinen jeder gern bereit iſt, die Unterhaltung einer Sache zu übernehmen. Daher iſt es meines Bedünkens durchaus unzuläſſig, über den Fall hinauszugehen, welchen Africanus ausdrücklich von der Regel ausnimmt; im Gegentheil muß man ſogar ſehr Bedenken tragen; auch nur dieſe Ausnahme zuzugeben, weil ſie in der That auf keinen zureichenden Gründen beruht.

3) Ueber die bloß zierenden Verwendungen, die impensae voluptuariae, finden wir gar keine die Pfandklage betreffenden Beſtimmungen; bedürfen deren jedoch auch nicht, weil in Rückſicht dieſer Verwendungen keine Veranlaſſung vorliegt, die bei der Vindication geltenden Grundſätze zu verlaſſen. Der Beklagte hat folglich nur ein jus tollendi, wo dies ohne Nachtheil für die Sache ausführbar iſt, wenn

20) Nov. 4. c. 3. — l. 34. §. D. de eviction. (21, 2.) — l. 18. D. de R. V. (6, 1.)

der Gläubiger es nicht vorzieht Entschädigung zu leisten, nämlich den noch vorhandenen Werth dessen was gemacht worden ist, zu bezahlen, und wo keine Wegnahme statt findet, da hat der Beklagte auch keinen Anspruch auf Ersatz. Nur in einer Beziehung dürfte anders als bei der Vindication zu entscheiden seyn. Bekanntlich soll bei dieser in Rücksicht der Frage, ob ein neues Gebäude oder eine sonstige neue Einrichtung zu den impensis utilibus oder zu den impensis voluptuariis zu zählen sey, nicht blos darauf gesehen werden, ob der Werth und Nutzen der Sache dadurch reell erhöht worden, sondern auch darauf, ob die Neuerung nicht ihres Nutzens ungeachtet für die Verhältnisse des Eigenthümers ein Luxus sey, dessen Kosten er nicht hätte aufwenden können oder doch nicht aufgewandt haben würde, und dessen Ersatz ihm daher drückend wäre, vielleicht es ihm ganz unmöglich machen mögte, zu seiner Sache zu gelangen [21]). Allein bei der Einklagung eines Pfandes erscheinen dergleichen Erwägungen als völlig gleichgültig. Denn da das Pfand nicht zum Gebrauch des Pfandgläubigers bestimmt ist, so kann auch nichts darauf ankommen, in wie ferne die auf dem Pfande vorgenommenen Aenderungen seinen Umständen und Verhältnissen entsprechen, sondern hängt die Qualität der Verwendung ausschließlich davon ab, ob die Sache dadurch einen solchen höheren Werth erhalten hat, daß sich ein vortheilhafterer Verkauf als sonst erwarten läßt.

Dies führt noch zu einer nachträglichen Bemerkung über die impensae utiles. Obgleich nämlich für diese im Allgemeinen die Grundsätze von der Vindication gelten, so muß dies doch auch in so ferne eine Ausnahme leiden, daß der Creditor vom Ersatze der impensae utiles nicht abrechnen darf, was der Beklagte an gezogenen Früchten gewonnen hat, da die vor der Litiscontestation gezogenen und consumirten Früchte dem Creditor gar nicht zukommen.

21) L. 38. D. de R. V. (6, 1.)

II. Als den zweiten Hauptfall haben wir oben bezeichnet, wenn der belangte Pfandbeſitzer der Verpfänder ſelbſt iſt. Hier iſt nun zuvörderſt alsdann, wenn der Verpfänder zugleich der Schuldner iſt, ſchlechterdings kein Grund vorhanden, ihm Erſatz von Impenſen irgend einer Art zuzuſprechen, weil der Schuldner den Ueberſchuß der Kaufſumme erhält, wenn der Verkauf des Pfandes einen ſolchen abwirft, und weil er ſelbſt wieder dem Gläubiger für das Fehlende haftet, ſo fern dieſer durch den Pfandverkauf nicht volle Befriedigung für ſeine Forderung mit allen ihren Acceſſionen, zu welchen auch die Auslagen für Impenſen unzweifelhaft gehören, erlangt.

Dieſem Fall iſt auch der gleichzuſtellen, wenn jemand vom Schuldner das Pfand gekauft oder auf andere Weiſe erworben und dabei die Schuld übernommen hat. Denn durch dieſe Delegation iſt er ganz in das Verhältniß des urſprünglichen Schuldners getreten, mit allen Rechten und Verbindlichkeiten deſſelben und er haftet folglich auch dem Creditor, ſobald dieſer nicht durch den Pfandverkauf völlig befriedigt wird, müßte alſo ebenfalls mit der einen Hand wiedererſtatten, was er dem Gläubiger mit der anderen als Erſatz für Impenſen abgenommen hätte.

Aber auch wenn der das Pfand beſitzende Verpfänder nicht der Schuldner iſt, ſondern ſeine Sache für eine fremde Schuld verpfändet hat, muß daſſelbe behauptet werden. Zwar braucht dieſer nicht aus ſeinem ſonſtigen Vermögen zuzuſchießen, wenn das Pfand nicht zur Deckung des Creditors hinreicht; aber hier entſcheidet, daß auch ihm der etwaige Ueberſchuß der Kaufſumme gebührt, und daß ihm mithin doch der höhere Kaufpreis zu Gute kommt, der durch eine von ihm bewirkte Verbeſſerung der Sache (und vom Erſatz anderer Verwendungen als der impensae utiles kann natürlich nicht die Rede ſeyn) erzielt wird. Nur alsdann möchte es zum Theil anders zu halten ſeyn, wenn ſich durch Abſchätzung der Sache ergäbe, daß das urſprüngliche Pfand nicht zur

Befriedigung des Creditors hingereicht hätte, so daß also der Verpfänder durch die Verbesserung des Pfandes wirklich mehr zur Befriedigung des Creditors beigetragen hat, als er vermöge der Verpfändung dazu bestimmt hatte. Da nun der Gläubiger keinen Anspruch auf eine solche Vermehrung und Verbesserung des Pfandes von Seiten eines dritten Verpfänders hat, letzterer auch nicht weiter dem Gläubiger haftet, als eben das bestellte Pfand in seiner ursprünglichen Beschaffenheit reicht, so kann man hier auch nicht mit Recht dem Verpfänder Ersatz seiner Verbesserung versagen.

Noch ist endlich der Fall zu betrachten, da das für eine fremde Schuld bestellte Pfand sich gerade im Besitz des Schuldners befindet, gleichviel übrigens, ob der Eigenthümer selbst die Verpfändung vorgenommen hat, oder ob diese mit seiner Genehmigung vom Schuldner geschehen ist, wobei der Schuldner doch nur als Stellvertreter des Eigenthümers betrachtet werden kann. Hier ist freilich der Besitzer nicht der Verpfänder; indessen ist derselbe darum doch nicht einem dritten Pfandbesitzer in guten Glauben zu vergleichen, gerade weil er der Schuldner ist, der, wenn er Ersatz für impensae utiles vom Gläubiger erhielte, diesen Ersatz wieder herausgeben müßte, sobald der Creditor durch den Pfandverkauf nicht genügend für seine Auslage entschädigt würde, weßhalb der Creditor berechtigt ist seinem Antrage auf Ersatz von Impensen die replicatio doli entgegen zu setzen, nach der Regel dolo facit, qui petit quod redditurus est [22]).

22) L. 8. pr. D. de doli mali exc. (44, 4.)